

職場のいじめとジェンダーの 関連性について： アメリカにおける議論の 紹介を手がかりに

論

説

松 村 歌 子

はじめに

I. 職場のいじめ：定義と現状

1. 職場のいじめとは何か—David Yamada の定義と分析を中心に
2. 職場のいじめに対する最近の法的規制について

II. 職場のいじめとジェンダーとの関連性

1. 職場の男性性とセクシュアル・ハラスメント法理の発展
2. いじめとジェンダーの関連性
3. 職場のいじめとジェンダーの関連性の認識

III. 職場のいじめの有害な効果を分析するモデルと裁判事例

1. Griggs 対 Duke Power 社事件
2. Watson 対 Fort Worth Bank & Trust 事件

IV. 差別的効果法理の困難性—第9巡回区合衆国控訴裁判所の考え方

V. 職場のいじめ被害者の救済に向けて

1. いじめ禁止法制についての議論
2. 職業安全健康機構モデルによる行政的解決と企業の社会的責任

VI. まとめと議論

は じ め に

本稿は、職場のいじめとジェンダーの関連性について、アメリカにおけ

る議論の紹介を手がかりに考察するものである。

職場で行われるいじめは、労働者の人格を侵害し、生活条件にも大きな影響を及ぼし、人間としての尊厳も著しく傷つけ、職場全体の士気・モラルの低下と生産性の低下を伴うものである。今や、職場のいじめはセクシュアル・ハラスメントと同様、社会的非難の対象とされ、法的に見ても違法⁽¹⁾不当なものもあるとの認識も高まってきている。しかし、この「いじめ」という概念は、日常的に用いられ、多義的で曖昧な概念であり、どのような行為を意味するのか、その被害の訴えに対する判断基準や企業の義務や責任の範囲も不明確である。この点、行為者の性的な意図に起因するセクシュアル・ハラスメントは、行為者と対象者の関係が比較的観念しやすいがゆえに、規制はある意味容易であったといえる。ところが、職場のいじめの場合、定義が曖昧である上に、その目的や背景は複雑であり、また、被害者が特定層に限定されるわけではないために、その法的救済は困難と

(1) 日本の場合、1980年代から、職場における受け手の意に反する性的な言動を「セクシュアル・ハラスメント」とする呼称が広がり、2000年頃には、性的なものではないが、権力関係を背景として起こるものについて「パワーハラスメント」や「モラルハラスメント」という呼称が用いられるようになった。セクシュアル・ハラスメントの問題は、雇用上の差別ではなく、性的自由や自己決定権、名誉等の人格権侵害として位置づけられ、不法行為という一般的な法理論や労働契約上の安全配慮義務違反として使用者の責任が問われてきた。「職場のいじめ」については、統一的な定義は未だなく、判断基準もまだ定まっていない。しかし、労働者の精神障害の問題は、労務管理をする上でも最大限注意が必要な課題である。使用者の不作为による行為態様が職場環境への安全配慮義務違反を構成するとされた事案や、使用者の行為態様が業務命令権や人事権などの権限の逸脱・濫用と評価され、労働者の人格権・名誉権の侵害や精神的苦痛などの損害が認定された事案など、使用者の責任が認められる事案もある。使用者は、労働者の権利が不当に侵害されないように、職場のいじめを防止し、排除する安全配慮上の義務を負っているのである。

なる。

アメリカでは、そもそも、雇用の場における差別を禁じた1964年公民権法の第7編が、懲罰的損害賠償を含めた損害賠償請求訴訟の直接の法的根拠となる。第7編は、人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由とする雇用上の意図的な差別を禁止するものであり、連邦機関である雇用機会均等委員会（EEOC）がその執行に携わっている。セクシュアル・ハラスメントを性に基づく雇用差別と位置づけるアメリカでは、多くの訴訟で、使用者の責任が問われ、懲罰的な賠償を含め、巨額の賠償金の支払いが命じられている。企業は法務リスクを意識せざるを得ない環境にあり、企業がセクシュアル・ハラスメントを防止するための措置を講じていたことが証明されれば、免責される仕組みも構築されている。たとえば、職場環境型のセクシュアル・ハラスメント訴訟において、使用者は、加害上司のセクシュアル・ハラスメント行為につき、①当該行為の発生を予防し、また発生時には迅速適切に対応することに合理的配慮をすること、②被害を申し立てた者が、使用者が用意した苦情申立ての機会を利用しなかったこと、の二点を立証できれば、抗弁として認められ免責される。このような使用者のセクシュアル・ハラスメント防止に向けての努力を評価する仕組みがあるため、企業にとってもそのような対策を行う動機付けになり、⁽²⁾実効性のある対策になっていくのである。

(2) 日本においても、組織的措置を取っていれば、セクシュアル・ハラスメント行為を防止できた可能性が高いとして、職場環境維持・調整義務の懈怠として使用者の責任を認めた事例もあり（鹿児島地判平成13年11月17日）、企業にとっては、セクシュアル・ハラスメントの予防措置を取ることが損害賠償責任を免れる手段の一つといえる。性的な意図を伴わない職場のいじめの問題に対しても、不法行為責任や安全配慮義務違反という法的根拠で十分に対応が可能であり、使用者の「職場のいじめ防止義務」に相当する責任を労働契約法5条の一内容として認定している事例もある

アメリカの場合、セクシュアル・ハラスメント法制が、公民権法第7編を根拠として雇用上の差別の法理として発展していったがために、性的な意図を伴わない職場のいじめ、つまり、いじめ加害者が、特に意識せずに、もしくは明白なジェンダーバイアスもなく、「中立的」に「機会均等な」いじめをした場合、差別的な効果（disparate impact）の法理は活用できないという問題が生じている。性的な意図を伴う職場のいじめの被害者は公民権法第7編を根拠に救済され、「中立的」に「機会均等」な悪意にさらされる被害者は救済されないというのでは衡平に失するのではないか。

そこで、本稿では、職場のいじめについてアメリカではどのような問題が生じ、どのように対処していこうとしているのか、職場のいじめの被害者が公民権法第7編の「差別的効果」の法理を法的根拠として救済されないのはなぜか、職場のいじめとジェンダーの関連性及び、職場のいじめ被害者の救済策について、アメリカにおける議論を、Kerry Lynn Stone の⁽³⁾所説を中心に検討するものである。どのような法理論を利用するとしても、職場のいじめが社会的に許容されないものであるとの認識が高まれば、法務リスクが企業経営に与える影響度の大きいとされるアメリカでは、法的責任を免責されるための取組みを企業としても講じる必要がある。日本でも、職場のいじめについて社会的関心が高まってきており、労働契約法の改正などを通じて使用者の職場のいじめ防止義務を法制化し、積極的な取組みを促す時期に来ていると思われ、これらの議論は有用な示唆となると考える。

（川崎市水道局事件・横浜地裁川崎支部判平成14年6月27日，東京高判平成15年3月25日）。

（3） Kerry Lynn Stone, *From Queen Bees and Wannabes to Worker Bees: Why Gender considerations should inform the emerging law of workplace bullying*, 65 N. Y. U. ANN. SURVEY AM L. 35 (2009).（以下、Kerry と略す）

I. 職場のいじめ：定義と現状

1. いじめとは何か—David Yamada の定義と分析を中心に

(1) 職場のいじめとは

職場のいじめは、古くから存在している問題である。アメリカで「職場のいじめ」という用語を広めた、職場のいじめ問題研究所 (Workplace Bullying Institute) の所長 Gary Namie と Ruth Namie は、職場のいじめを「他者をコントロールするという欲求によって動かされる 1 人もしくは複数の加害者によって、個人的又は集団で繰り返しなされる虐待」と定義している⁽⁴⁾。また、職場いじめの第一人者である David Yamada は、「言葉や言葉を用いない行動の組み合わせによって、1 人の同僚もしくは複数の同僚によってなされる、労働者への敵対的な作業環境の意図的な付与」と定義し、「健全な職場法案 (Healthy Workplace Bill)」で、被害者に、加害者と使用者に対して補償を求める制定法上の訴因の付与を提唱した。「虐待的な (abusive) 行い」とは、「合理的な人ならば、敵対的なもの、攻撃的なもの、使用者の合法的な雇用慣行に関連しないものと判断する」行為を「悪意を持って」なすことをいい、たとえば「侮蔑的な意見や侮辱、悪口といった言葉の虐待をし続けること、合理的な人ならば威嚇、脅迫され、屈辱的だと感じるような言葉もしくは身体的な行動、ある個人の作業環境を不必要に妨害することや侵すこと」であるとする⁽⁵⁾。

(4) 教育者で産業心理学者の Gary Namie は、職場のいじめ問題研究所 (Workplace Bullying Institute: ワシントン州にある NPO 団体) の創設者であり、その妻 Ruth Namie と共に職場のいじめ問題に取り組んでいる。
<http://www.workplacebullying.org/the-drs-namie/> (2013年1月13日最終検索)

(5) Gary Namie, *The Challenge of Workplace Bullying*, 34 EMP. REL. TODAY 43 (2007).

(6) David C. Yamada, *The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need*

職場のいじめの特徴として、「その行動は多様で広範であり、公然と又は隠れて、言葉又は言葉によらずに、被害者の能力を削ぐような、様々な行いを含む。」そして、「いじめ行為者は、同意してくれる人を捜し求め、無防備な相手を捜し求める」という⁽⁷⁾。また、いじめ行為は「残酷で革新的で、仕事上の脅し、脅迫的な行動、名前の呼び方、悪意のある皮肉、安全に対する脅し、評判を貶める、恣意的な注意をする、被害者の努力を蝕む、職を失うことを脅迫する、侮辱とけなし言葉を使う、怒鳴る、金切り声をあげる、信用を損なわせるなど、その手口は刻一刻と変化していく」という。他方で、被害者は、他者より目立つことからターゲットとされ、「いい人であろうとする傾向にあるため、自分が攻撃されたときに自分を防御できない」という⁽⁸⁾。

(2) 職場のいじめの現状

上記の職場のいじめ問題研究所の2007年の調査によると、アメリカの職場のいじめは「流行的 (Epidemic)」なレベルに達しており、アメリカの労働者の37% (5400万人) が職場でいじめに遭ったことがあり、加害者の72.3%が上司であり、同僚が17.7%であるという。職場のいじめを「現在体験している」は13%、「過去に体験したことがある」は24%、

for Status-Blind Hostile Work Environment Protection, 88 GEO. L. J. 475, 481 (2000), The Healthy Workplace Campaign. <http://www.healthyworkplacebill.org/bill.php> (2013年1月13日最終検索)

(7) Kerry, *supra* note 3, at 43.

(8) Gary Namie, Workplace Bullying Inst. & Zogby Int'l, U. S. Workplace Bullying Survey September 2007. <http://www.workplacebullying.org/multi/pdf/WBISurvey2007.pdf> (2013年1月13日最終検索)

(9) Id., at 12.; この調査は、職場のいじめ問題研究所が、2007年に7740人を対象に行ったオンラインの全米調査である。

「自分では体験していないが、目撃したことがある」が12%であった。いじめの事案の75%が長期的で複数回に及ぶものであり、被害者の45.2%が身体・精神面で健康に影響が出たという。このようないじめに対して、問題解決のためにとった行動は、「何の行動も起こさなかった」が40.1%、「非公式に使用者や管理職に相談・苦情を言った」が38.4%、「正式に人事部や社長などに訴え出た」が14.6%であり、「州か連邦の行政機関に差別の申立てを正式に行う」が3.5%、「裁判所に訴訟を提起する」が2.7%という結果であった。その他の行動として、退職した、労働組合に相談した、解決を試みて加害者に立ち向かった、反撃した、配置転換を願い出た、弁護士に助言を求めた、転職した、非公式に同僚に相談した、加害者が解雇された、入院した、被害者が解雇されたもしくは期間満了を迎えた、警察を呼んだ、などがある。この調査項目からは、被害者は、男性の方が女性に比べてなんの行動も取らない傾向にあり（37%）、被害者は、加害者が女性の方が非公式に使用者に訴え出やすく（42.6%）、加害者が男性であれば何もしない（43.8%）という傾向にある。そして、いじめ行為の原因として考えられるものとしては、「加害者の性格」が56.3%、「被害者の性格や仕事の能力」が19.8%、「使用者によって左右される職場環境や制度」が14.3%であった。

(3) 職場のいじめによるコスト

職場のいじめは、労働者の就業環境を悪化させ、労働者の能力の発揮を妨げる行為であり、有害で、破壊的で、生産性を削ぐ、労働者の士気（モラル）の低下を招くなど、直接的・間接的に経済的コストがかかることが指摘されている。⁽¹⁰⁾ 直接的なコストとして、PTSDを含め、精神障害や抑圧

(10) ILO（国際労働機関）でも、ストレス関連を含めて、業務に伴う事故や疾病の全体的なコストは一般的に非常に高いとして注意を呼びかけてい

障害を生じさせるなど、医療費の明白な増大、仕事関連のストレスによる労働者の損害賠償請求や虐待的な職場環境から生じた訴訟追行上のコストがあり、間接的なコストとして、高い転職率（従業員の非定着、人的資源の流出）、長期欠勤、顧客との関係性の悪化（取引先の選別を受ける）、妨害行為と仕返し行為（とそれに伴うモラル・職場環境の悪化、勤労意欲の低下）に関するコストがある。いじめ行為が蔓延している職場は一般に、生産性の低下と企業への忠誠の低下など、労使関係に摩擦が生じるほか、⁽¹¹⁾採用活動における不利益（就職先の選別を受ける）など、様々な面で悪影響があるとされる。

また、企業は、社会、すなわち投資家や消費者、従業員、顧客の監視の目にさらされ、社会的責任（CSR：Corporate Social Responsibility）を問われることも多くなっている。⁽¹²⁾社会的責任には、人権尊重、男女雇用機会の均等、職場のいじめ・嫌がらせ、ハラスメントやセクシュアル・ハラスメントの防止という観点が含まれることは言うまでもなく、さらにその社会的責任を具体化させる経営方針の策定（社内報、啓発パンフレットの作製・配布、相談・苦情窓口の設置など）が望まれており、雇用差別をしない旨の宣言を契約条項の中に盛り込む企業もある。また、ハラスメントに対して、事後的に個別的に一過性のものとして対応するのではなく、長期的な予防の観点に立ち、労働者の地位改善に向けて健全な職場風土の

る。たとえば EU 諸国でのコストは国内総生産（GDP）の2.6～3.8%に当たると推計され、労働損失日数全体の5～6割がストレス起因であることを推測させる研究結果もあるという。<http://www.ilo.org/public/japanese/region/asro/tokyo/feature/2012-09.htm>（2013年1月13日最終検索）

(11) David Yamada, *Crafting a Legislative Response to Workplace Bullying*, 8 EMPL. RTS. & EMP. POL'Y J. 475, 477 (2005).

(12) 吉川英一郎『職場におけるセクシュアル・ハラスメント問題』1-9頁 (LexisNexis, 2004年)。

醸成，労働条件の改善を行っていくことも重要である。

このように，セクシュアル・ハラスメントや職場のいじめの問題が発生・拡大し，労働者の能力の発揮を妨げ，企業の生産性を低下させ，企業の適切な対応により訴訟に進展するといったことは，企業にも被害者にも好ましくない事態であることは間違いなく，未然に予防されるべき問題である。さらに，予防への取組みに熱心で，それなりの成果を上げている企業に対しては，その努力を評価するシステムを作ることも重要であろう。こうした企業や社会の取組みの目的がより良い職場環境を作るためであることからすると，いじめ行為の動機が性的なものに基づくものであろうがなかろうが関係ないことは言うまでもない。

2. 職場のいじめに対する最近の法的規制について

アメリカでは，「employment at will（解約自由の雇用契約）」の原則が尊重されてきたこと，及び不法行為の適用範囲が歴史的に限定されすぎていたために，職場のいじめの救済の一方法として不法行為法は活用されてこなかった。⁽¹³⁾そこで，職場のいじめ被害を救済する法的根拠として，1964

(13) Susan Harthill, *Bullying in the Workplace: Lessons from the United Kingdom*, 17 MINN. J. INT'L. 247, 262 (2008). : アメリカの雇用労働関係は，期間の定めを設けない雇用契約において，使用者はいつでもいかなる理由でも自由に労働者を解雇しうる（employment at will）。雇用に関する労使相互の自由の行使に関して，契約に基づくほか，身体の直接侵害など一定範囲の不法行為以外，一般的に規律するものはなく，極めて個人主義的な自由が広範に求められている。そのため，かつては，雇用差別された労働者が法的救済を求めることはできなかったが，1964年公民権法第7編が，使用者の自由を規制することで社会的公正，平等状態を実現しようとし，差別事案の迅速な解決を図るため，EEOC による救済手続を設けた。個人に保障されるべき人種等による差別を受けない自由，雇用される機会の平等な保障に対する侵害につき，その損害を填補することを目的としている

年公民権法第7編⁽¹⁴⁾の活用が考えられる。しかし、雇用上の差別の法理として発展してきた第7編は、いじめ加害者が中立的に機会均等ないじめをした場合、第7編の保護の対象となるクラスのメンバーが直接ハラスメントを受けた場合に問わず、差別的な効果 (disparate impact) の法理を活用できない。意図的な精神的苦痛を受けた場合で、連邦法によって先占されていない場合は、州法上の請求をなすことも可能だが、職場のいじめの被害者を保護するような制定法は特にない。

なお、EU 諸国では、スウェーデンが最初に、1993年の「労働環境法に基づく職場における迫害に対する措置に関する政令」において、職場のいじめを「個別労働者に向けられた攻撃的手段による繰り返しの非難的又は明確に否定的な行動であって、これら労働者を職場共同体から除け者にする結果をもたらしうるもの」として、使用者に、予防計画の策定・労働者の援助義務を課し、「迫害」行為を行った者に罰金又は懲役を科している⁽¹⁵⁾。EU では、2001年から欧州議会が職場のいじめ問題を取り上げ、「職場のハラスメント及び暴力に関する EU 社会対話枠組み協約」が⁽¹⁶⁾2010年に締結された。これらの反いじめ法制は、労働者は「職場における尊厳」を

(藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』97-118頁)。

(14) Civil Right Act of 1964, Title 7, 703(a), 42 U.S.C.A § 2000e-2(a). : さらに、1991年の公民権法改正により、填補的損害賠償 (compensatory damages) 及び懲罰的損害賠償 (punitive damages) の請求も可能となった (42 U.S. § 1981A(a))。

(15) NATIONAL BOARD OF OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (AFS 1993: 17) pursuant to § 18 of the WORK ENVIRONMENT ORDINANCE (SFS 1977: 1166) (Sweden). : スウェーデンの法規制について詳しくは、濱口桂一郎「EU における『職場のいじめ』対策立法への動き」世界の労働53巻6号 (2003年)、濱口桂一郎「海外労働事情-EU 職場のいじめ・暴力協約」労旬1716号40頁以下 (2010年) などを参照。

(16) EU 社会対話枠組み協約は EU レベルでの労使協約であり、加盟国に

ある種の揺るぎない権利を前提として有しており、被害者がある特定の保護されたクラスのメンバーである必要はない。

また、英米法圏では、カナダのケベック州が2004年の6月に、職場でのいじめ禁止法（労働基準法の改正）⁽¹⁷⁾を制定し、北米で最初の裁判管轄となったほか、⁽¹⁸⁾ニュージーランドでは、1992年の雇用安全衛生法⁽¹⁹⁾において、使用者には「従業員が、工作中に害を及ぼされないことを保障するための実際的な措置を講じる義務」があり、「従業員が他の従業員に害を及ぼさないことを保障することを含む」とし、「職場でのいじめ行為（working bullying）」を規制している。使用者は、教育・啓発、専門家への依頼により制度を確立し、健康な職場政策を展開することが奨励され、企業内で問題解決ができない場合、労働局（行政機関）による調停を要請することができる。また、2011年には、オーストラリアのヴィクトリア州で職場のいじめが犯罪化⁽²⁰⁾されている。

目的の達成を求める EU 指令とは異なり、加盟国は自主的に取り組むものである（厚労省「職場のいじめ・嫌がらせ問題に関する円卓会議」ワーキング・グループ報告 参考資料2（平成24年1月30日））。

(17) LABOUR STANDARDS ACT, § 81.18 (2004) (Canada, Que.).

(18) カナダでは、失業保険での救済制度を設けており、労働者の離職が「自発的離職」の形式を取っていたとしても、真の理由が「セクシュアル・ハラスメントその他のハラスメント」である場合には、強制された離職として扱い、失業保険手当の付与、そのために担当者による調査について詳しく定めている（大和田敢太「労働関係における『精神的ハラスメント』の法理」：その比較法的検討」彦根論叢360号69-90頁（2006年）を参照）。

(19) HEALTH AND SAFETY IN EMPLOYMENT ACT 1992, No 96 (NZ).：詳しくは、大和田敢太「労働関係における『精神的ハラスメント』の法理：その比較法的検討」彦根論叢360号69-90頁（2006年）を参照。

(20) CRIME AMENDMENT (BULLYING) ACT 2011, § 617, § 62B (AU, Vict.).；ヴィクトリア州では、ストーカー関連の刑法を改正して制定された。法改正の契機となった職場のいじめの被害者の名を冠して BRODIE'S LAW と

このように、EU 諸国を始め、多くの国では、定義や用語は異なるが、男女平等・雇用平等法制あるいは労働安全衛生立法において「職場のいじめ」を規制し、使用者に、職場のハラスメントや暴力から労働者を保護し、健全な労働環境を保つための実際的な措置を講ずるよう命じ、場合によっては罰則も規定している。しかし、アメリカでは、職場のいじめの被害者を保護するような制定法は特にない。

II. 職場のいじめとジェンダーとの関連性

1. 職場の男性性とセクシュアル・ハラスメント法理の発展

職場の男性性 (masculinization) とは、個々の行為者による行動ではなく、ある種の職を女性的か男性的か識別し、それらの職に起因する価値を識別することであり、異性愛主義的な (hetero-patriarchal norms) 白人男性にその権限を与えてきたことから、女性に有害に作用してきたと Ann McGinley は指摘する。すなわち、男性性とは、「女性」に「男性性の固定観念 (stereotype) に一致しないものや同性愛者」を割り当てることで「女性の尊厳を傷つける」ものであり、男性的な人格を持つ女性は、伝統的に女性が属する固定観念と適合しないので、「男性化された」職場でどれほど苦勞して活躍しても迫害されるというジレンマが生じるという。⁽²¹⁾

称され、加害者が、虐待的・攻撃的な方法・言葉で被害者を脅し、被害者による自傷行為 (self-harm) も含め、被害者に身体的・精神的危害を加えることが合理的に予期される場合、罰則の対象となる。Brodie の事案では、加害男性は8.5万ドル、職場いじめを放置した使用者は25万ドルが科されるなど、これまでは、いじめに関する民事上の責任を問うしかできなかった (OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY REGULATIONS) が、刑法改正により最大10年の懲役が科されうるとなった。法改正の契機となった事案については、<http://www.workplacebullying.org/2011/06/27/victoria/> を、改正法は <http://workplacebullying.org/multi/pdf/Brodies-law.pdf> を参照 (2013年1月13日最終検索)。

第7編の法理は、セクシュアル・ハラスメント法理の発生と展開を促してきた。それは、性的な固定観念を職場に持ち込むことで生じた「敵対的な職場環境 (hostile work environment)」に気付くことで発生し、持ち上がってきた問題である。第7編の条文のどこにも「セクシュアル・ハラスメント」という用語がないにも関わらず、1986年の合衆国最高裁判所によって訴因 (cause of action) が初めて認定された。これは、Catharine MacKinnon らが設立した働く女性協会 (Working Women's Institute) らの活動により集約された女性たちの声が反映したもので、職場における女性には、制度的に雇用の期間や条件を課されるなど、不利な状態におかれてきたことを指摘する⁽²²⁾。合衆国最高裁判所は、第7編に準じ、ハラスメントの形態を「対価型 (quid pro quo) セクシュアル・ハラスメント」と「環境型 (hostile work environment) セクシュアル・ハラスメント」の二つと認定したが⁽²³⁾、第7編に該当する違法なセクシュアル・ハラスメントの適用範囲については検討がなされ続けてきた⁽²⁴⁾。マッキノン教授は、性と性の間に

(21) Ann C. McGinley, *Masculinities at Work*, 83 OR. L. REV. 359, 365 (2004).

(22) Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women* (Yale University Press, 1979).

(23) Meritor Saving Bank, FSB v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986). なお、セクシュアル・ハラスメントの2つの形態のうち、「対価型 (quid pro quo)」は、性的言動が従業員の経済的利益、教育の場では進学・進級等の学生・生徒の教育、研究上の利益に直接関係するもの、すなわち従業員に対して、性的要求・誘惑に応じた場合は昇進等の利益、拒絶した場合は解雇等の不利益という形で雇用条件に影響を与えるタイプであり、「環境型 (hostile work environment)」は、性的言動が従業員の経済的利益に直接関係しないものの、従業員に対して威迫、敵対的、不快な雇用条件を作出し、職場環境、教育の場では学生や生徒の教育、研究上の環境を阻害するタイプである (詳しくは、水谷英夫『セクシュアル・ハラスメントの実態と法理』(信山社、2001年)などを参照)。

(24) 合衆国最高裁判所は、単なる性的嗜好 (同性愛) には第7編の適用は

ある歪んだ権力を基礎とし、社会的に作られた行動規範が、女性が男性に従属するよう補強されてきたのであり、そのような行動規範を法規制すべきであると一貫して主張してきたが、アメリカのコモン・ローは、社会構造、慣習、習慣、神話が、男性が女性に対して持つ社会的権力や法的な制裁に適法性を与えるよう歴史的に影響してきており、法規制は困難であろうという。

Susan Estrich も、セクシュアル・ハラスメントが第7編の違反を構成することは明確であり、「社会一般に存在する行動規範が職場に不適切に流れ込み、特に男性の攻撃的なやり方が社会に受け入れられ、経済的な要素が追加され、職場で受け入れられないものとなっており」、また、自由意思による性的な行為や職場における他の性との交流ととるべきではなく、規制が必要な問題であるとしている。⁽²⁵⁾ Katherine Franke は、セクシュアル・ハラスメントは「異性愛主義的な規範に基づいた習慣であり、ジェンダーの問題を生み出してきた。セクシュアル・ハラスメントは明確に性差別である」と述べている。⁽²⁶⁾

以上のように、セクシュアル・ハラスメントの問題は、男性化された職場で、伝統的な男性規範の中で生じてきた問題であり、「男性性の固定観念に一致しない」同性愛者や女性にとって有害に作用してきた。このような問題は、全ての人が抱える問題であり、職場だけで生じる問題ではない。

ないが、同性間のセクシュアル・ハラスメントには適用があるとしている (Oncale v. Sundowner Office Services, Inc., 523 U. S. 75 (1998))。

(25) Kerry, *supra* note 3, at 48-49. See, Susan Estrich, *Sex At Work*, 43 STAN. L. REV. 813, 859 (1991).

(26) Katherine M. Franke, *What's Wrong with Sexual Harassment?*, 49 STAN. L. REV. 691, 702 (1997).

2. いじめとジェンダーの関連性

Gary Namie によると、職場は不均衡に男性優位なものであり、いじめられる者は、男性よりも女性をターゲットにしやすく、女性は、男性よりもいじめに遭う機会が多い。女性は男性よりも過敏にいじめに反応し、いじめられる女性は男性よりも退職しやすい傾向にあり、ストレス関連の健康被害を被っている割合が高いという。⁽²⁷⁾

また、学校でのいじめ体験について調査した Tonja R. Nansel らによると、男子は、女子と比べて、いじめの加害・被害の両方を経験する傾向にあり、いじめの方法は、男子が、押す、叩く、平手打ちなど、直接的な身体的接触が多い一方、女子は、噂や性的な発言など、より巧妙で受身に攻撃的な方法を通じて衝突しがちである。また、男子が、自分が被害にあったことを認識し、公的なチャンネルを通じて問題を是正することを自ら模索するのに対して、女子は、恥と恐れを受け入れがちで、無視、感情の遠回しな表現、噂を広めて、悪口を言う、井戸端会議をする、憂鬱になる、自傷行為をする、摂食障害になる、といった受身的な怒り反応に限定される。いじめに対して女子が団結するとしても、直接的な衝突ではなく、いじめをした者との親交を断つという脅しをするにとどまる。これは、多くの女子が、怒りを直接的に表現することは悪いことであると教えられて育ち、直接的な衝突をすると嫌われると考えているため、卑劣な行為を報告せず、黙って耐えるという選択肢しか持ち合わせていないからだという。⁽²⁸⁾

このような傾向にある女子が成長して職場でいじめに遭うようになると

(27) Gary Namie, U. S. Workplace Bullying Survey, at 12, 15.

(28) Tonja R. Nansel et al., *Bullying Behaviors Among US Youth: Prevalence and Association with Psychosocial Adjustment*, 285 J. AM. MED. ASS'N 2094-2100 (2001), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2435211/pdf/nihms53619.pdf>, at *2 (2013年1月13日最終検索)

き、直接的な方法ではなく、黙って耐えるか友達に愚痴を言い、最終的には職場から去ることを選択することになる。職場のいじめの受け止め方や対応に男女差があるとすれば、学校時代からの経験の違いを反映するものであろう。また、男性優位な傾向にある職場で、いじめに遭う機会の多い女性は、無意識のうちにそれまでに学んできた方法でいじめに対処することが多くなる。

3. 職場のいじめとジェンダーとの関連性

職場のいじめは、昇進や雇用の機会、長期勤務の面で、制度化された職場慣行が、男性性の固定観念に該当しない者たち、特に女性への差別的な効果を生じさせてきたが、職場のいじめを経験する女性の実数と反応についての正確な情報の不足から、職場のいじめと意図的でない性差別との関連を認識することは困難である。上述のように、学校時代からいじめに対する受け止め方や対応に男女差があるとすれば、職場でのいじめに対して、男女が突然均一で性差のない反応をするようになることは想像し難い。

職場のいじめ被害者の多くは、自分の離職が自発的なものではなかったということに気が付かない、また、気付いたとしても、仕返しへの恐れから声を上げないことが多いという。たとえば、口論や訴訟の後、次の仕事探しの際に、現在もしくは前の従業員による中傷を受ける、全産業内の非公式な「ブラックリスト」に載せられるといったことは実際になされている。そして、いじめ被害者が一度離職すると、使用者を訴えることを決意しない限り、自分の経験を記録する機会を失ってしまう。こうして、被害者の数、性別、職場いじめに対する反応と受け止め方についての正確な情報を収集しにくくなる。⁽²⁹⁾

(29) Kerry, *supra* note 3, at 56-57.

なぜ女性は職場のいじめの存在を表沙汰にしないのか。それは、女性が職場での便宜 (accommodation) を求めることに関係しているとされる。たとえば、家族・医療休暇法 (FMLA)⁽³⁰⁾ によって付与される以上の休暇の付与、フレックスタイム制、パートタイム労働、在宅勤務などを認めるか否かの裁量は使用者が有している。女性たちは、管理職に対して自分たちに過度の仕事を割り振らないよう、そしてさらなる便宜を図ってもらうために、例え管理職からいじめがなされたとしても、いじめ行為を表沙汰にしないようにするのである。そして、女性は、職場を退職する理由として「家庭の問題」をあげることが多い。多くの女性は、より良いワークライフバランスを達成したいと願っているであろうが、実際にどのくらいの女性がより好ましい環境のもとで、その職場に居続け、出世したいと思っているか。職場で求められる「男性性」に適合できない場合、職場の慣行や習慣は女性に一定の「選択」を強いてきたのであり、「家庭の問題」は、女性がもはやその職場に居続けないことを選択してきた理由を曖昧にする煙幕のようなものである。

Ⅲ．職場のいじめの有害な効果を分析するモデルと裁判事例

1964年の公民権法第7編は、使用者が、人種 (race)、皮膚の色 (color)、

(30) FAMILY AND MEDICAL LEAVE ACT, 29 U.S.C. § 2654. : 12ヵ月以上雇用されている被用者が、直近の12ヵ月に1250時間以上勤務した場合で、雇用者が当該被用者の勤務場所から半径75マイル以内に50名以上を使用している場合、12ヵ月の間に合計12週の休暇（無給）を取得することができ、休暇終了後は、元の職又はそれと同等の条件の別の職に復帰する権利がある。日本の病気休暇・介護休業・産前産後休業・育児休業を合体させたような法律で、監督庁は、合衆国労働局の労働賃金・労働時間監督課 (Wage and Hour Division) である。雇用者が被用者の休暇権を制限・妨害したことにより損害を受けた被用者は、連邦裁判所に訴訟を提起して救済を求めることができる。

宗教 (religion)、性⁽³¹⁾ (sex) 及び出身 (national origin) の特定類型を理由として、個人を雇用せず、または雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または雇用における報酬、条件、権利について、個人を差別的に取り扱うこと、及び個人の雇用機会を奪ったり、その他労働者としての地位に不利な影響を与えたりするような方法で、被用者や求職者を制限、隔離、分類することを違法な雇用慣行として禁止し、これによって生じた損害を広く補償すること、あらゆる雇用における差別を救済するために、EEOC (雇用機会均等委員会) の設置を定めている⁽³²⁾。第7編は、雇用社会の中心から遠ざけられていた黒人や女性といった特定の社会的弱者を法的に保護し、その社会的・経済的地位を向上するために、性別役割分担論や固定観念を取り払うことで、個人がその労働能力・資質や努力を正当に評価され、公正に取り扱われる社会の実現を目指すものであり、人種、性等の差別類型違反を契機として、不利益を課する使用者に合理的理由があることを求める実定法上の根拠を付与するものである⁽³³⁾。雇用労働関係は、本来は、労働

(31) 性については、生物学上の性 (sex) に限らず、社会的文化的意味での性 (gender) として観念されており、ジェンダーに関する固定観念、性別役割分担を背景とする差別や社会的偏見からの視点が、性差別問題を理解する際に重要となる。婚姻、妊娠、出産を理由とする雇用上の差別的取扱いは、1978年の公民権法によって第7編の禁止する性差別であることが明示されている (42 U. S. C. A. § 2000e(k))。妊娠中、出産前後の女性は、それを理由とした不利益取扱いを受けることなく、疾病休暇や疾病保険等の制度があればその制度の適用を受けることができる (藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』92-96頁 (かがわ出版, 2007年))。

(32) Civil Right Act of 1964, Title 7, 703(a), 42 U. S. C. A § 2000e-2(a)。

(33) その職務の遂行が他の性によって取って代わることのできない固有の資質を必要とする場合に限ってのみ、すなわち、合理的に必要とされる適正な職業上の資格 (BFOQ: Bona Fid Occupational Qualification) を理由として、性差別が例外的に許容されている (公民権法703条(e)項)。BFOQの認定には、一般的固定観念では足りず、性の特質が職務遂行上必要不

働者と使用者との間の自由な意思に基づく契約 (employment at will) によって形成されるが、第7編は、雇用上の平等を達成するために、使用者の個人的な偏見に基づく場合はもちろん、個人的には自覚していないとしても、合理的な人間から見て法的に非難されるべきであると考えられる社会的な偏見に基づく行為も禁止の対象とし、使用者の雇用の自由に対し制約を課している。⁽³⁴⁾

被害者が、1964年公民権法第7編の規定する文言から生じる「差別的な効果」の訴えを提起することができれば、そのような訴因は有益なモデルであるように思える。原告労働者がこのような主張をするためには、使用者側に差別の意図があったことを立証しなければならない。差別的な効果の法理は、他方では、被告使用者の差別的意図の立証を原告に要求するというよりもむしろ、原告労働者は、差別的でない雇用対策が文字通りに特定の保護されたクラスのメンバーに「差別的」または不均衡な効果を生んでいたことを示しさえすればよい。けれども結局のところ、差別的な効果の法理は、あくまでも、意図的でない性差別に対抗するためには効果的であっても、中立的な職場のいじめに対抗するためには効果的な手法ではない。その理由について、差別的な効果の法理の発展の経緯によって分析する。

1. Griggs 対 Duke Power 社事件

「差別的効果の法理 (Disparate Impact Model)」は、1971年の Griggs v. Duke Power 社事件⁽³⁵⁾において確立されたものである。その事件では、アフ

可欠な能力であることが求められる。

(34) 藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』83-134頁 (かもがわ出版, 2007年)

(35) Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424 (1971).

リカ系アメリカ人（黒人）労働者が、白人労働者と比較して、雇用から排除され、機会が不均衡に与えられていなかった。合衆国最高裁判所は、発電所の作業員の資格条件として使用者側が提示した、高校卒業以上で、「一般的な適性検査（standardized general intelligence test）」に合格した者という条件は、当該仕事の従事にあたり明白に重要なものではなく、「当該仕事は、長年の慣行として白人が有利に取り扱われており、白人のみで占められていた」と述べ、第7編制定時の立法意思が、「白人従業員等に有利に作用してきた障壁を除去し、雇用機会の平等を達成する」ことであると明確にし、一定の雇用慣行が、不公平に差別をするような、作為的で、恣意的で、不必要な障壁としての機能を持つような場合、差別的な意図がなくてもそのような効果をもたらすものも含め、禁止する、と判示した。

Griggs 判決の方向性は、その後1991年公民権法により、第7編の趣旨を明確化することを目的とし明文化された⁽³⁶⁾。連邦議会は、「単に動機付けではなく、雇用慣行の結果に向けた法の圧力」を加えたのであり、さらに、問題にされた慣行が業務上仕事の成功に必要な範囲まで、「職務への明白な関係」を証明しなければならないとした。つまり、「業務上の必要性（business necessity）」や「職務関連性（job related）」の概念を用いて使用者に事実上の証明責任を課すもので、成立要件に差別意思を不要とするものであった⁽³⁷⁾。すなわち、原告労働者は、被告使用者が、人種、性等に基

(36) 主な改正点は、①職場における意図的な差別的取扱いや違法なハラスメントに対する適切な救済規定を置いたこと、②「差別的効果の法理」における証明責任等を明文化したこと、③差別意思を必要とする「差別的取扱い」が雇用上の決定の動機たる要因であったことを証明すれば、違法な雇用行為が立証されたものとする規定が制定されたこと、である（藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』123-128頁（かもがわ出版、2007年））。

(37) Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424, 426, 432 (1971).

づく差別的効果をもたらした特定の雇用上の行為を実施したことを証明し（一応十分な（prima facie）証明）、かつ、被告使用者は、問題の雇用上の行為に職務関連性があり、業務上の必要性があることを証明できなかった場合、そして、被告使用者からそのような証明がなされた場合、原告労働者は、他の選ぶうる雇用上の決定方法があるにもかかわらず、それを使用者側が採用しなかったことを証明しなかったことを証明した場合、差別的効果に基づく違法な雇用慣行が成立する⁽³⁸⁾。差別的な効果の法理は、使用者の差別的意図の立証を原告に要求するというよりもむしろ、原告は、差別的でない雇用対策が文字通りに特定の保護されたクラスのメンバーに「差別的」または不均衡な効果を生んでいたことを示ささえすればよいのである。

2. Watson 対 Fort Worth Bank & Trust 事件

合衆国最高裁判所は、1988年の Watson 対 Fort Worth Bank & Trust 事件⁽³⁹⁾において、差別的効果の訴因をさらに具体化した。「表面上中立的な職務の要件は、第7編の制定前に起こった意図的な差別の効果を永続するよう必然的に作用する場合」に生じたものであるが、これまでの裁判例では、いくつかの表面上は中立的な雇用慣行は、差別的意図がなかったことが立証されたとしても、第7編に違反する場合、審理可能な主張であると認定し、また、「問題となった慣行が法以前の意図的な差別の効果を永続させるのに作用する場合に」主張を限定することを拒絶してきた⁽⁴⁰⁾。しかし、

(38) 藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』124-126頁（かがわ出版、2007年）

(39) Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 487 U. S. 977 (1988).

(40) *Id.*, 487 U. S. 977, 988 (1988) (citing Connecticut v. Teal, 457 U. S. 440 (1982); Dothard v. Rawlinson, 433 U. S. 321 (1977)).

Watson 事件において合衆国最高裁判所は、雇用するかどうかの決定が「主観的な」基準を前提になされるような場合でも差別的効果の分析は適用可能であると初めて判示した。主観的な決定をする者は、明らかに不公平な偏見を持って行動し、多くの場合は意識せずに差別的な意図を心に抱くが、「潜在意識の固定観念や偏見」によって導かれる場合もある。したがって、「使用者の主観的な意思決定が、容認できない意図的な差別と同じ効果を持つのならば、第7編の差別的な行動を禁止する規定が当てはまる」とする⁽⁴¹⁾。すなわち、差別的効果を発生させる使用者の行為や基準には、高卒資格、身長・体重、あるいは逮捕歴のように、既に確定している条件を基準として用いる場合もあれば、採用試験における成績のように、その場でスコアを測定する場合もある。使用者が客観的な基準を特に定めずに、漠然と主観的な選考を行う場合、結果が差別的であれば、差別的効果の法理の適用の余地があるとされている。

差別的効果の主張の認定にあたり、原告に、特定の労働協約 (protocol) によって逆の「差別的効果」が生じたことを統計的に示すことを通じて、「一応十分な証明」をすることが要求される。そして被告は、争点となった慣行が「雇用への明白な関連性」を有しており、それゆえ正当な「業務上の必要性」があることを立証しなければならない。それから原告は、使用者の利益に叶うようなその他のテストや選択した労働協約は、慣行において差別的な効果を持たない、ということを証明しなければならない。原告は一般に、差別的な効果を生じる労働協約や慣行について、問題ごとに証明していく必要があるが、第7編は、「申立てをした当事者が、使用者の意思決定過程の要素が分析するにあたり分離できないものであると裁判所に立証し得たならば、意思決定過程は、一つの雇用慣行として分析され

(41) *Id.*, 487 U.S. 977, 990 (1988).

ることになる」⁽⁴²⁾と規定し、原告の立証責任の軽減が図られて⁽⁴³⁾いる。

論

3. 法的議論のまとめ

Ann McGinley は、「女性らしく固定観念的に行動しないという理由で、男性の仕事能力よりも低く判断することは、性に基づく差別的な取扱いである」と述べ、「社会が仕事を男性的なものと定義することで、女性の経験は『組み込まれた逆風 (built-in headwind)』となっていることに気づく」、
「使用者が、女性やその家族に害をなすような慣行を削減するような誘因を作る」⁽⁴⁴⁾べきであるとしている。

説

女性にとって、いじめがより頻繁に行われ、また、男性よりも不公平な方法で行われる限り、差別的な効果の訴因は救済を求めるのに最適な方策と言えるが、中立的で、誰にでも等しく悪口雑言を撒き散らすような、機会均等ないじめ加害者の場合、差別的効果の主張は、「対象を問わず」性的に非難する言論が不均衡に女性に影響を及ぼす場合にだけ、適用可能となる⁽⁴⁵⁾。しかし、雇用慣行によって大いに影響されるクラスに適用可能とすると、差別的効果の法理は、新たな複雑な主張を作り出すようなものであ

(42) Civil Right Act of 1964, Title 7, 703(a), 42 U. S. C. A § 2000e-2(a).

(43) 差別的効果の法理について詳しくは、中窪裕也『アメリカ労働法 第2版』211-220頁（弘文堂、2010年）を参照。

(44) Ann C. McGinley, *Masculinities at Work*, 83 OR. L. REV. 359, 393-394, 432-433 (2004).

(45) Kelly Cahill Timmons, *Sexual Harassment and Disparate Impact: Should Non-Targeted Workplace Sexual Conduct be Actionable under TITLE SEVEN?*, 81 NEB. L. REV. 1152, 1257 (2003). なお、EEOC のガイドラインでは「5分の4ルール」を設け、たとえば、採用時のテストにおける人種差別効果を見る場合には、ある人種の成功率が、最も高い人種の成功率の5分の4を下回っていた場合には、そのテストは人種間で差別的な効果をもたらすと一応考えられるとしている (29 C. F. R. § 1607.4)。

るとの批判もある。⁽⁴⁶⁾

Charles Sullivan は、第7編の原告は、特にセクシュアル・ハラスメントの主張で、少数の事例を除き、ほとんどの訴訟で敗訴しているとして、第7編の文言通りに差別的効果の理論を適用することを主張する。⁽⁴⁷⁾ すなわち、「差別的な取扱い」は、人種や性別などに基づく意図的な差別行為であり、使用者の差別的意図 (discriminatory intent) の認定が必要であるために、それ自体としては差別を含まない中立的な制度や基準であっても、人種や性別によって不均等な結果をもたらすならば、違法な差別となりうるとする「差別的効果の法理」の方が有用であるとする。「差別的効果の法理」の場合、使用者の差別的意図を必要とせず、差別的な結果そのものを焦点とする。その立証にあたり、使用者は「業務上の必要性」ないし「職務関連性」が存在していたことを反証しなければならない。⁽⁴⁸⁾

しかし、潜在意識や無意識な偏見の被害者にまで、法的な請求権を付与すると、情報の正確性、信頼性、維持可能性を欠くことになる。適用範囲が広範すぎると、ほとんど全ての人が偏見を持っているとレッテルを貼られることにつながる。1964年の公民権法の制定以来、偏見はますます潜伏し、暗黙のものとなったがゆえに、より認識しづらいものとなってきた。偏見の問題を取り扱うことは難しい。というのも、訴訟で差別的な効果の法理を偏見の被害者に使用することは、使用可能な偏見を示すことにほかならないが、「現在の慣行の必要性を明確に評価する機会を提供」し、職

(46) Robert A. Kearney, *The Disparate Impact Hostile Environment Claim: Sexual Harassment Scholarship at a Crossroads*, 20 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 185, 227 (2003).

(47) Charles A. Sullivan, *Disparate Impact: Looking Past the Desert Place Mirage*, 47 WM. & MARY L. REV. 911, 912-913 (2005).

(48) 公民権法701条(m)によれば、使用者の証明責任の程度は、証拠提出責任及び説得責任の両方を含む。

場の偏見を取り除く過程として使用され続けているからである。また、その判断にあたり、裁判所は「比較衡量 (balancing)」の手法をとっており、「業務の必要性」や使用者の取った選択について、その事象に可能な限り⁽⁴⁹⁾効果的な取扱いをしたかどうかを検討される。

では、差別的効果、いわゆる間接差別の困難性はどのように法的に克服されるのか、それについてヒントを与えたのが、第9巡回区合衆国控訴裁判所の考え方である。

Ⅳ．差別的効果法理の困難性—第9巡回区合衆国控訴裁判所の考え方

いじめ加害者はターゲットの選定に当たりもっとも「中立的」でありさえる。問題は、一見して処理にくい問題である職場のいじめが「差別的効果の法理」を通じて救済されうるかどうかである。慣行としてなされる職場のいじめが、女性にとってより不均衡な方法で影響を及ぼす傾向にある。女性は、直接的な衝突を好まず、より消極的な攻撃方法を利用しがちである一方、男性は、明確な解決策を導きそうなあからさまな衝突を好む傾向にあるといったように、男女差があるとされる。「差別的効果の法理」は、保護されたクラスのメンバーが、職場における機会、昇進、雇用継続から排除されることを防ぐために効果的な手法として用いられている。⁽⁵⁰⁾

第9巡回区合衆国控訴裁判所は、男女が異なって取り扱われたかだけでなく、異なった影響があるかについて、一連の判決において評価している。⁽⁵¹⁾Ellison 対 Brady 事件において、「行為者が自分の行為が敵対的な職場環境を作り出す行為であると認識していない場合でさえも」、そのような行

(49) Kerry, *supra* note 3, at 68-69.

(50) Kerry, *supra* note 3, at 69-70.

(51) Ellison v. Brady, 924 F.2d 872, 880 (9th Cir. 1991).

為は「不法なセクシュアル・ハラスメント」のレベルに達しうると判示し、⁽⁵²⁾ Steiner 対 Showboat Operating 会社事件においては、男性管理職が、男性従業員にも激しい性的な悪口を等しく言ったとしても、女性従業員に対して行った行為が「治癒 (cure)」されるわけではなく、「合理的な女性に対して攻撃的で敵対的」であったかどうかが問われると判示している。

また、EEOC 対アラスカ教育委員会事件においては、⁽⁵³⁾ 「差別的な効果」の争点を、「嫌がらせ行為や意図が性別を原因として生じたものであるとの直接的な証拠がない場合、女性教職員に直接向けられた嫌がらせ行為が第7編に違反するか」どうかであるとした。加害者とされたのは、敵対的で、不安定で、コロコロ気が変わる、威嚇的な男性理事であり、常習的に下品な口調で公然と嫌がらせ行為をしていた。

第9巡回区合衆国控訴裁判所は、男性理事の行動が明らかに女性教職員を威嚇するものであったと結論づけ、職場の女性が物理的に脅迫され、虐待を受けたという証拠に重きを置いたが、性的な申込や俗悪な発言をしたという証明はできていないとしたが、「一方の性の構成員が、他方の性の構成員が晒されていないような、不利な期間や雇用条件に晒されているか」どうか「性を原因とする」要件であると判示した。つまり、「格差がある効果の基準 (differential effects standard)」と呼ばれる基準を適用して、さらに、「男性に影響するよりも一層、女性に影響したか」どうかを問う質問に改良している。第9巡回区合衆国控訴裁判所は、理事が男性に対するよりも劣悪な方法で女性を実際に扱っていたという原告の申立てに重きを置き、男性と女性がハラスメントを受けた際、異なる対応を採ったという事実を受け入れたのであり、⁽⁵⁴⁾ 「男性と女性の取扱いにおける客観的な差

(52) Steiner v. Showboat Operating Co., 25 F.3d 1459, 1464 (9th Cir. 1990).

(53) EEOC v. National Education Association Alaska, 422 F.3d 840, 842 (9th Cir. 2005).

異」だけでなく、行為が両性の構成員に及ぼす主観的な効果に差異があるかについて言及し、男性教職員によって提出された証言も考慮している。多くの女性教職員は、男性理事の行動に対して、たとえば、泣く、パニックになる、物理的に脅える、接触を避ける、怒らせることに対する恐怖のため残業時間の申請を提出するのを避ける、警察を呼ぶ、最終的に辞職するといった反応をし、このような反応をとった男性教職員はほとんどいなかった⁽⁵⁵⁾のである。

しかし2007年には、第9巡回区合衆国控訴裁判所管轄内の地方裁判所が、男女両方の教職員に対して毎日、性的な言葉ではないが、下品で怒りの言葉を投げかけていた教育委員会の管理職の事例において、ジェンダーに基づくハラスメントの証拠として代用することはできないと判断し、教育委員会が敵対的な職場環境を作り出したとする原告の訴えを拒絶した⁽⁵⁶⁾。当該裁判所は、第9巡回区合衆国控訴裁判所が裁定した事例では「女性教職員が経験した暴言は、肩やその他の身体の一部をぶつける、拳を振り回す、つけ回し、つかみかかるといった明白な行為に付随したものであり、警察の調書に記され、男女双方の従業員によって証明されている」のに対して、当該裁判所の事例では「唯一の物理的な行為は、近距離で上司が叫び金切り声をあげた」ことであったとしている。したがって、第9巡回区合衆国控訴裁判所は、機会均等ないじめでさえも差別的な効果をもたらすと注意を払おうとしたのであるが、その管轄内の地方裁判所は、いじめ加害者の行為により女性が物理的に脅迫されたと感じた場合にのみ差別的

(54) Kerry, *supra* note 3, at 71-72.

(55) EEOC v. National Education Association Alaska, 422 F.3d 840, 846 (9th Cir. 2005).

(56) Anderson v. Arizona, No. CV06-00817-PHX-HVW, Not Reported in F. Supp. 2d, 2007 WL 1461623, at *38 (D. Ariz. 2007).

な取扱いを認定したのであり、一方の性にだけ不均衡に影響を及ぼすような性に中立的ないじめ行為は、いまだ、審理可能な法的主張を提起するほど認識されていないということである。⁽⁵⁷⁾

では、EU 諸国で強く推進力されている「尊厳のある職場 (dignitarian workplace)」の概念と、不当な差別を職場から排除するために立案された第 7 編における議会の意思に伴って、職場における虐待的な行動を規制することはできないだろうか。職場のいじめは、主に非組織的に、密室で、短時間に行われるものである。その影響は、被害者の配属や人間関係によっては、職場全体に広まっていくかもしれないし、個人に留まるかもしれない。個人に留まった場合、職場のいじめが実際に第 7 編の主張を支持するのに十分差別的効果を有していたことを立証するような統計を集めることは非常に困難になる。⁽⁵⁸⁾

この点、統計学的な数値が少なすぎれば、差別的効果は立証できないかもしれないが、「Griggs 判決において、原告は、使用者が要求した高卒要件がもたらす効果に注目していない」のであり、被告使用者の職場において集められた証拠は入手可能であるとする指摘もある。⁽⁵⁹⁾ この十数年、一般的な調査報告の可能性について言及されてきており、Dukes 対 Wal-Mart 事件でも、原告団は、ウォルマート社の「企業の統一性とジェンダー定型化」についての企業文化の存在を立証するために、社会的枠組み分析を受け入れることを認容している。⁽⁶⁰⁾

(57) Kerry, *supra* note 3, at 73-74.

(58) Kerry, *supra* note 3, at 74.

(59) Charles A. Sullivan, *Disparate Impact: Looking Past the Desert Place Mirage*, 47 WM. & MARY L. REV. 911, 989 (2005).

(60) Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc., 222 F. R. D. 137, 154 (N. D. Cal. 2004).
社会的枠組み分析とは、組織の方針と慣行が固定観念と偏見にとって無備かを調査する枠組みであり、雇用差別の事案でよく用いられる。なお、

機会均等で中立的ないじめ行為の立証にあたっては、職場の女性は、比較対象にある男性と比べて、不快な取扱いや規律、批判の対象として選ばれたということを、許容しうるあらゆる証拠を用いて事実上立証することが求められている。しかし、男性と女性に均等に向けられ、中立的ないじめが、女性に対してのみ差別的な効果を生じさせるように見えるとき、そのような証拠は捉えにくい。特に女性のいじめ被害者は、いじめ被害に遭っているという事実を自己認識しない傾向にあり、職場のいじめが女性の出世に影響を与えたというデータは収集されていない。個々の人間の欠点や性格の弱さに起因すると捉えがちだからである。⁽⁶¹⁾

いじめはかなり普及した慣行であるために、法が規制する伝統的なハラスメントに該当し、矯正可能なものとしてみなされてこなかった。たとえば、いじめが起きるのは、使用者が特定のパートナーやマネージャーを配属するときだけかもしれないし、いじめの加害者がたまたま月に数回だけ悪口雑言を吐くのかかもしれない。言葉による行為や言葉によらない行為が複雑に絡み合って、職場で従業員の品位を傷つけ、辱め、徐々に衰えさせていく場合、その慣行の巧妙さは、実際にそれがそうであるよりも、温和に見える。いじめ行為は、責任を取り上げる、些細な仕事しかさせない、情報を与えない、昇進を妨げるなど、より微妙なやり方にもできる。実際に、最も一般的に行われているいじめのやり方は、不合理で不可能な目標や締切りを与えることであるという。このように、いじめは、第7編に基づいて訴えられるほど「目に見える」行為ばかりではない。中立的で機会均でないいじめに対する法制化や、伝統的に使用者に留保された職場の条件に関する決定権や裁量を行使する「特別人事委員会 (super per-

Kerry は、この枠組みについて、有用性の点で機会均等な職場のいじめへの適用は難しいとしている (Kerry, *supra* note 3, at 75)。

(61) Kerry, *supra* note 3, at 75-76.

sonnel board)」のような場で判断を仰ぐこと、中立的な行為をも第7編に基づいて提訴可能なものとする⁽⁶²⁾ことを、アメリカ法はしたがらない傾向にあるとされている。

したがって、中立的で機会均等な職場いじめの被害者を保護するために第7編を使用することは、立証の面で困難であり、実際的ではないし、大規模な差止めによる救済 (injunctive relief) を得ることも難しく、被害者の救済の面でも不適切であろう。とすると、いじめ禁止法制の制定を通じて、使用者に職場いじめの存在について自覚させ、従業員への周知・啓発、教育、従業員自身の自己規制が被害者救済の方策として有用なのではないか。

V. 職場のいじめ被害者の救済に向けて

1. いじめ禁止法制についての議論

職場のいじめ問題への関心の高まりから、職場のいじめの被害者の新たな法的権利として、新たな不法行為類型に対応するような法令の形式で認められるべきであるとの指摘がある。⁽⁶³⁾個人の尊厳に対するハラスメント法に基づく慣行が存在しないアメリカでは、セクシュアル・ハラスメント法理のような発展は難しいとされるが、イギリスで用いられている、個人の尊厳の概念を前提とする法モデルは、裁判所が職場のいじめの認定に既存の法を適用することができるものであり、アメリカでも適用可能な考え方である。⁽⁶⁴⁾

(62) Kerry, *supra* note 3, at 59, 76-77. Kerry はこの根拠として、職場のいじめが、女性にだけ独特かつ違法な影響を及ぼすようなものであると認識することに対する抵抗でもあり、legislation of civility (礼儀正しさの法制化) が「アメリカ法へ呪い」だからだと述べている。

(63) Susan Harthill, *Bullying in the Workplace: Lessons from the United Kingdom*, 17 MINN. J. INT'L L. 247, 297 (2008).

では、アメリカで、いじめ禁止法制が制定されず、また、既存の法制度で救済がなされないのはなぜであろうか。それは、職場のいじめ禁止法制は合衆国憲法第1修正⁽⁶⁵⁾の問題と潜在的に関連する。職場やその他の場所における「尊厳に対する不法の行為 (dignitary tort)」は、一般的に第1修正の異議申立てに耐えるものであり、職場は「公共の言論 (public discourse)」の場として最も純粋な例とは言えないので、モビング (弱いものいじめ) 禁止法制 (mobbing prohibitions) により言論のみを規制する場合であっても、第1修正の異議申立てに耐えるであろう。「敵対的な環境」を作り出したハラスメントの事例への第7編の適用は、特に限定された環境で行われる不公平な集団差別と悪意のある対人関係の残酷さの双方を社会悪とみなし、規制することであり、これらの害悪を規制する枠組みが別個に必要である。言論の自由 (free speech) の領域に対する規制は、漠然性かつ過度の広汎性 (vagueness and over breadth) のゆえに特に問題が多く、第1修正の問題を避ける最も効果的な方法は、規制の意図を明確にす

(64) イギリスでは、攻撃のような刑事上の行為や民事上の不法行為がコモン・ローの一部として適用されることがあるが、それは立法によるものではなく、司法判断による。また、「職場での暴力の相互作用モデル」では、加害者・被害者それぞれの個別的风险要因 (暴行歴・生育歴、性別、年齢、性格・気質、技術、健康、態度、感性) と職場リスク要因 (組織的背景、職場文化などの環境と、教育、貴重品の取扱い、孤独、教育などの作業状況) とが相互に作用しあい、ストレス、疾病、経済的損失、家族の負担、辞職・配転、自殺といった被害が生じ、企業にも生産性低下や将来の暴力発生のリスクが高まるなどの影響が及ぶという (大和田敢太「EUにおける職場のいじめ規制の現状と課題」滋賀大学環境総合研究センター研究年報9巻1号25-43頁 (2012年))。

(65) 合衆国憲法第1修正は「連邦議会は、国教を樹立し、若しくは信教上の自由な行為を禁止する法律を制定してはならない。また、言論若しくは出版の自由、又は人民が平穏に集会し、また苦痛の救済を求めるため政府に請願する権利を侵す法律を制定してはならない」と規定する。

ることである。⁽⁶⁶⁾ この点、私的な言論は第1修正によって規制されておらず、それが国民の関心事に関するものである場合、公務員の言論だけが第1修正の保護の対象となっている。「言論の自由は個人の尊厳の基礎の一つ」である一方で、「ほとんどの従業員は、網羅的に近いかたちで法律上保護された権利である言論の自由を職場において享受していない」と David Yamada は指摘する。⁽⁶⁷⁾

いじめ禁止法制によりそのような訴因を付与すると、いじめ被害者が賠償を求めて裁判所に殺到する「水門効果 (floodgates effect)」が生じ、尊厳に対する不法の行為について曖昧かつ未熟な定義 (fuzzy and ill-defined) しかしていない「礼儀正しさの法制 (civility code)」に結びつくことで、職場の公開で容易な会話と言論の自由の妨げになるとの懸念もあるが⁽⁶⁸⁾、そのような懸念は過剰であり、むしろ、訴因の付与が「水門効果」を生じさせるものではないし、雇用の場で礼儀正しさを課す効果があるわけではなく、「ハラスメントに対して不法行為を根拠として主張することによる最大の危険は、裁判所があまりにも多くの主張を含める傾向にあることではなく、裁判所が柔軟性を欠くこと」にある。⁽⁶⁹⁾

職場のいじめによる害は賠償の範囲外なのか、もしくは、より広い範囲

(66) Brady Coleman, *Shame, Rage and Freedom of Speech: Should the United States Adopt European "Mobbing" Laws?*, 35 GA. J. INT'L & COMP. L. 53, 98 (2006).

(67) David Yamada, *The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection*, 88 GEO. L. J. 475, 481 (2000), David Yamada, *Dignity, 'Rankism', and Hierarchy in the Workplace: Creating a "Dignitarian" Agenda for American Employment Law*, 28 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 305, 319 (2007).

(68) Rosa Ehrenreich, *Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, 88 GEO. L. J. 1, 57-58 (1999).

(69) Kerry, *supra* note 3, at 79.

で救済されるべきなのか。私的な訴権は与えられるべきなのか。職場のいじめ問題は、職場における労働者の尊厳 (dignity) と礼儀正しさ (civility)、生産性に直面する問題である。第7編の下では、中立的な慣行があり、不公平に取扱う意図がなくても、保護されたクラスに不均衡な影響がある場合、法によって救済される余地がある。いじめの被害者に直接の請求権を与えることや、いじめ加害者に賠償金を請求する権利は、いじめ加害者に対する抑止効果がある。

David Yamada 提案の「健全な職場法案」⁽⁷⁰⁾は、私的な訴権を通じて執行可能なだけであり、州の行政機関に裁定権限の付与や関与を予定するものではない。このことは、以下の2つの意味で、弱い主張原因による訴えの提起を排除するものである。第1に、行政機関が執行機関とならないことで、行政機関が、訴訟当事者を代理することを避ける、ということである。行政機関の利用は被害者支援というメリットはあるが、無料 (free) の法的弁護を認めることでいじめ被害について最大限の主張をさせるという「水門が開く」リスクの方が大きい。第2に、法制度によりいじめ行為の範囲を制限することによって、原告の弁護団が、弱い主張原因を排除するという選別役割を果たすことになる。審理可能な主張原因があれば弁護士⁽⁷¹⁾の確保には事欠かないであろうが、弱い主張原因しかなければ、弁護士の確保に苦勞することになる。

職場のいじめは、「合理的な人であれば、威嚇、恐怖、屈辱的と感じる

(70) 職場のいじめ問題研究所の Workplace Bullying Institute Legislative Campaign によると、David Yamada 提案の Healthy Workplace Bill は、2013 年1月現在、21の州で紹介されてきたが、どの州でも最終的な採択には至っていないため、職場のいじめ問題の法的解決は残されたままである。
<http://www.healthyworkplacebill.org/> (2013年1月13日最終検索)

(71) David Yamada, *Crafting a Legislative Response to Workplace Bullying*, 8 EMPL. RTS. & EMP. POL'Y J. 475, 504 (2005).

ような行為、または、人の仕事の遂行に不必要な妨害や徐々に侵食する行為」といった、言葉または物理的な行動の無数の組み合わせを含むため、第7編のハラスメントや不法行為の対象となるような、伝統的に補償を受けうる害のレベルまで達しているかもしれないし、達していないかもしれない。脅しや中傷、絶え間のない明白な嘲りなど、本当にいじめられていたとしても、現行の規制基準に基づくといじめに該当しないということがありうる。結局のところ、いじめ禁止法制は、立証の困難性から、原告がどのような悪意に基づいて保護されるクラスのタイプなのかについての証明を要求しておらず、補償を求める主張が殺到する恐れが懸念されることになる。⁽⁷²⁾

2. 職業安全健康機構モデルによる行政的解決と企業の社会的責任

このように、職場のいじめという有害な慣行に対して、制定法上の個別の賠償規定がないからといって、私的な訴権を付与するようないじめ禁止法制を受け入れることには、いわゆる訴訟の水門が開くという懸念が指摘されてきた。そこで、職場のいじめの被害者救済には、連邦の行政機関を活用することが効果的であると考ええる。

職業安全健康機構 (Occupational Safety and Health Administration) は、⁽⁷³⁾ 1970年の労働安全衛生法 (OSHA) によって、「アメリカ国内で働くすべての男女が、可能な限り健康で安全な条件で働き、私たちの人的資源を守ることを保障するため」に制定された連邦の行政機関で、広範囲に広がった慣行であるいじめの監視、調査、改善を指図している。OSHA は、職場で健康か安全が害されるような事態に直面したときに、苦しめられた個人

(72) Kerry, *supra* note 3, at 81.

(73) OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ACT OF 1970, 29 U. S. C. § 651 (b) (2006).

に私的な訴権を与えるものではなく、行政機関に申立てについての調査権限を与え、仕事に関する労働者の健康と安全が危険にさらされた場合に、経済的な制裁を課すことを可能にするものである。

OSHA に対しては、職場のいじめの防止に効果的ではなく、「ある特定のタイプだけが OSHA が規制する職場のいじめの範疇に入っただけで、OSHA は、いじめの防止、自助努力、補償、罰則という政策の目的を達成できていない。機構が職場のいじめの規制権限を持っても、人員不足からその執行は現実的には困難であり、適切な調査を行うことはできないであろう」との批判があるが⁽⁷⁴⁾、OSHA モデルを前提とする行政機関が、職場のいじめ問題についての情報を収集し、教育、注意喚起、制裁を課すために企業に介入しうるとすれば、行政機関による介入は、いじめ加害者や同僚の圧力から被害者を守り、職場内の行動を再評価し、修正し、制度上の変化をもたらすことになる。すなわち、従業員からの申立てに基づき、情報が収集され、人事部は退職者に面接を行い、使用者の自己評価や、管理職によって評価がなされる。その結果、教育訓練と自覚プログラム (awareness program) を実施する企業が増えれば、行政機関による指導・勧告・制裁と同様の効果があがるであろうとされる。⁽⁷⁵⁾

以上から、David Yamada 提案の「健全な職場法案」のようないじめ禁止法制の制定が、結果として、企業の自己統制の推進に寄与することにつながるものであり、職場のいじめに関連して生じる事象の理解の促進、被害者の救済、被害発生防止のための政策や法制度は、すべて解決策の一つで

(74) David Yamada, *The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection*, 88 GEO. L. J. 475, 522 (2000).

(75) Susan Harthill, *Bullying in the Workplace: Lessons from the United Kingdom*, 17 MINN. J. INT'L L. 247, 302 (2008).

あるといえる。企業は社会的責任として、その持続的発展のために、ボトムライン⁽⁷⁶⁾、すなわち、財政面、環境面、社会面それぞれの結果を高めていく必要がある。女性の社会的進出を促進するためには職場のいじめの問題に積極的に取組む必要があるが、男性と女性といった社会的差異の存在がいじめの問題を覆い隠しがちであり、職場のいじめを社会的に監視する必要がある。男性優位な職場でいじめ行為が横行し、いじめの問題を表沙汰にしにくい風土がある場合、特に女性に差別的な効果が生じがちであり、被害者救済や被害防止のためには、法制度の整備及び企業の自己統制が必要となるのである。

VI. まとめと議論

以上のように、Kerry の論説では、まず、セクシュアル・ハラスメントの問題と職場のいじめの問題の発生と展開、社会的な認識の差異について言及している。セクシュアル・ハラスメントの法理は、その問題に直面した個人とその支援者たちが抗議の声をあげたことに始まり、組織的な動員とメディアの先導により推進力を得て、公的な問題として捉えられ、社会運動と立法化につながり、社会的自覚を促すこととなった。実際に、公民権法は、社会の意識を変え、職場で許容される行為枠組みを変更することで、女性や少数者が職場で差別されることを除去すべく機能してきた。同様に、第7編は、意図的な差別や中立的な慣行が差別的な効果を持つこ

(76) ボトムラインとは、企業活動の最終決算すなわち事業の財政面での結果を意味する。企業の持続的発展のためには、財政面の結果（利潤の確保等）に加え、環境面の結果（環境保全）、社会面の結果（従業員や地域社会との関係等）、この3つを総合的に高めていこうとする考え方を「トリプル・ボトムライン」という（大和田敢太「EUにおける職場のいじめ規制の現状と課題」滋賀大学環境総合研究センター研究年報9巻1号25-43頁（2012年）などを参照）。

とから保護されたクラスのメンバーを庇護すること、容認できないほどの行動を峻別することを目的としている。しかし、個人と個人の会話が中核となる職場においては、異なる感度、偏見、社会規範、個人的な差異が複雑に絡み合い、何が不法な行動なのか、識別が困難になる。時代と共にハラスメントと差別はより巧妙に覆い隠されるようになったのである。労働者は、第7編で禁止されているセクシュアル・ハラスメントやその他のハラスメントから自由であることを保障されている。使用者は、法を遵守するだけでなく、良いモラルを維持し、内部的にも外部的にも、個々のメンバーに人的完全性を与えており、多くの使用者は、セクシュアル・ハラスメントの防止教育と「感受性の訓練 (sensitive-training)」などの実施を通じて、職場環境の改善に努めている。しかし、職場のいじめが「中立的」になされた場合、使用者に職場のいじめであるとの認識も薄く、また、いじめ加害者が有能な従業員である場合、能率向上のためにその行為を黙認することもある。結局、職場のいじめの問題は、多くの使用者にとって、その存在や防止の必要性を認識していない問題であるか、何らかの明白な規制を望むほどではないのである。

セクシュアル・ハラスメントの問題は、女性全体の進歩に対する障害物として重視され公的にも議論されるなど、使用者は、従業員の指導、訓練・教育や、セクシュアル・ハラスメントの防止措置に多くの資源や時間をかけている。しかし、使用者が、女性労働者の教育等に費やす努力は、専門職における女性割合の向上につながっているのだろうか。専門職における女性割合の低さは、職場のいじめの存在と職場のいじめが女性に及ぼす効果（退職のリスクを高める可能性）について、一般的な認識が欠如していることに起因する。いじめ加害者が単に言葉で悪態をついただけでは、裁判所による救済を得る見込みは非常に低いが、保護されたクラスのメンバーに不均衡に有害な効果を及ぼすような行動であることが立証されれば、救

済可能であるかもしれない。男性と女性の社会化と行動の差異、職場で多くの従業員が直面しているいじめの種類、女性に対して行われた行動の有害な効果など、職場で機会均等に行われるいじめの広範な領域を総合的に理解しなければ、対策を立てることはできない。

Kerry の論説では、職場のいじめとジェンダーとの関連性、職場のいじめに対する社会の関心の薄さ、職場のいじめの被害者救済の方法論について検討してきた。解雇自由の原則が妥当し、不当解雇という概念がなく、転職が容易なアメリカでは、憲法上も男女平等の規定がない。そのために、解雇された者が救済を得るためには、人種のあるいは性的に「差別」を受けたと訴えるしかなく、雇用の場における差別を禁じた1964年公民権法の第7編が、人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由とする雇用上の意図的な差別を禁止し、損害賠償請求訴訟の直接の法的根拠となる。性に基づく雇用差別と位置づけられるセクシュアル・ハラスメントは、社会的にも非難の対象とされ、法的にも違法不当なものを含むため、第7編による救済があり、使用者が防止措置を講ずる動機付けもあるが、多義的で定義も曖昧な職場のいじめに関しては、社会的関心も未だ低く、性的な意図を伴わない職場のいじめには第7編の差別的な効果の法理の活用が困難な状況が生じている。性的な意図を伴う職場でのいじめの被害者は第7編を根拠に救済されるのに対し、「中立的」に「機会均等」な悪意にさらされる被害者は救済されないというのでは衡平に失するのではないか、という点が Kerry の問題意識であり、EU 諸国のように使用者の「職場のいじめ防止義務」を法制化することも解決策の一つと位置づけている。しかし、このような法制が、加害者に対する抑止効果になるとの評価をしながらも、法制化が職場内での自由な会話を損ない、言論の自由に対する侵害となるという懸念や、裁判所に救済を求める訴訟が殺到する懸念も存在し、David Yamada 提案の「健全な職場法案」の導入は困難なようである。

実際に、21の州で法案が紹介されているが、未だ採択には至っていない。

そこで、第7編の執行に携わる EEOC のような行政機関、たとえば労働安全衛生法 (OSHA) に基づく職業安全健康機構の活用が論じられた。OSHA は、機構に、職場の健康と安全を調査し、企業への経済的な制裁を課す権限を与えるもので、被害者に私的な訴権を付与するものではない。このような行政機関による介入は、被害者の保護、職場内の行動の再評価・修正、企業自らが教育訓練等の実施することで被害防止につながる。企業は、人権尊重、男女雇用機会の均等、職場のいじめやセクシュアル・ハラスメントの防止という観点から、健全な職場風土の醸成、労働条件の改善を行う社会的責任を負っている。そこで、職場のいじめ防止措置を講じていれば企業の責任が免責されると言うように、企業の努力を評価する仕組みや第三者評価の仕組みの構築が必要であり、また、行政機関の調査の端緒となる従業員の申立てに対して、申立てたことが不利益に取り扱われないような、公益通報者保護制度の適用も必要となる。さらには、現実的な救済として、離職の強要があった場合は失業保険手当などの社会保障も検討すべきであるが、Kerry の論説ではこれらの指摘がなかった。

このようなアメリカの議論に対して、不当解雇が厳格に規制されている日本では、セクシュアル・ハラスメントは、雇用上の差別の問題ではなく、不法行為や契約上の安全配慮義務違反として発展してきた。そのため、性的な意図に起因しようがしまいが、職場のいじめなど、労働者の尊厳を害する行為態様に対しては、セクシュアル・ハラスメントと同様の法的構成で救済が可能となる。アメリカとは異なり、無理にジェンダーの問題に持っていく必要がないのである。しかし、Kerry の論説で論じられていたように、「男性化された」職場で女性が排除されやすい傾向にあることは日本でも同様であり、ジェンダーの視点が重要であることは間違いない。また、日本では、解雇事由が厳格に規制されているがゆえに、人員削減の必要性

から、労働者が自発的に退職する方向に持っていかなせるよう、職場のいじめが組織的に利用されることもある。労働審判による救済制度が用意されるなど、アメリカに比べて労働者の保護を図る制度は充実しているが、労使の折衷案で解決がなされ、和解金の支払いで退職が認められることが多い。解雇の有効性を巡る裁判例を見ても、損害賠償請求が認められるのみで、たとえば地位の確認が認められるわけではなく、労働者の雇用の維持にはつながっていない。職場のいじめの規制に関しては、職場内での自由な会話や上司による指揮監督が円滑になされるよう、部下の受け止め方のみで判断するのではなく、上司の指導を萎縮させないような、明確な基準設定が必要となる。日本でも、セクシュアル・ハラスメントについて企業の組織的防止措置がなかったことを職場環境維持・調整義務の懈怠であるとして使用者責任が認定される事例や、労働契約法5条の一内容として職場のいじめ防止義務が認定される事例が出てきており、企業が実施する教育や広報・啓発、相談窓口の設置などの自己統制が重要であるが、その動機付けとして法制度の整備や企業の努力に対して使用者責任を免責する仕組み、第三者評価の導入が必要となろう。

Nexus Between Workplace Bullying and Gender: Introduction about the argument in the United States

論

Utako MATSUMURA

説

This article introduces the discussions in the United States and considers the nexus between workplace bullying and gender.

The workplace bullying are becoming increasingly significant social issues and known as workplace bullying has permeated all types of workplace in United States. Some surveys analyze how concepts of violence and harassment, bullying have evolved with regard to the working environment, and especially point out when workplace bullying operates to disproportionately screen women out of advancement, opportunities, and longevity in the workplace.

Many of the European Union (EU) nations have substantially more legal employee protections, which compel employers to prevent or correct bullying. But in the United States, there are no laws that specifically protect victims of workplace bullying, except such as when harassment is directed at a member of a protected class under Title VII of the Civil Rights Act of 1964. Title VII prohibits discrimination “because of ... (an) individual’s ...sex.” But, is a Title VII disparate impact claim effective vehicle to remedy a victim of workplace bullying? It is considered that “Neutral” bullying done by so-called “equal opportunity” bullies is not currently a cognizable cause of action in the United States, it is not seen as an illegal means of weeding anyone out of workplace, whether it is done intentionally or not.

Why the United States cannot (or don’t) enact the law that protect employer from workplace bullying? Whether the victim of workplace bullying could ever be remedied through disparate impact claims or enactment of Anti-Bullying Legislation or other method? This article considers that workplace bullying by viewing it through the lens of gender. This article consists of follow sections:

Introduction

I. Workplace Bullying: Definition and Present Situation of Workplace Bullying

1. What is Workplace Bullying?
2. Recent Regulations to Protect Employers from Workplace Bullying

II. The Nexus Between Workplace Bullying and Gender

1. Masculinity at Work and the Evolution of Sexual Harassment Jurisprudence
2. The Nexus Between Bullying and Gender
3. The Recognizing the Nexus Between Workplace Bullying and Gender

III. Disparate Impact Model

1. Griggs v. Duke Power Co.
2. Watson v. Fort Worth Bank & Trust

IV. Difficulties with Disparate Impact

V. Toward the Remedy for the Victims of Workplace Bullying

1. Discussion about the Enactment of Anti-Bullying Legislation
2. Administrative Solution based on Occupational Safety and Health Administration Model and Corporate Social Responsibility

VI. Conclusion